Anonymitet og ansvar pa Internettet

C Roosendaal, A.P.

Published in:
Lov & Data

Publication date:
2006

Lov & Data

Nr. 86
Juni 2006

Nr. 2/2006

Riktig god sommer!

Principiel dom i OFIR-sagen

af Janne Glæsel

OFiR home

det gør ikke noget man er foran

Sø- og Handelsretten i Københavns dom af 24. februar 2006 i sag V-108-99 home a/s (advokat Dorte Wahl) mod OFIR a-s (tidligere: Søndagsavisen a-s) (advokat Janne Glæsel).

Dom om databaserettigheder, robottering, god markedsføringsskik og deep linking.

Indledning

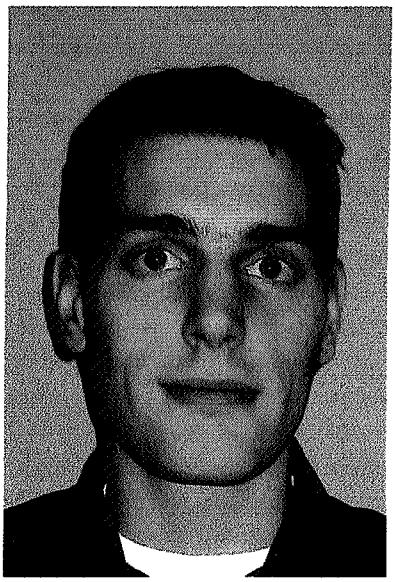
Sø- og Handelsretten i København har ved sin dom af 24. februar 2006 afgjort denne sag, som har verseret for retten siden 1998. Sagen var anlagt af home a/s (»Home«) - en af de største ejendomsmæglerkæder i Danmark - mod OFIR a-s (»OFIR«), som er et selskab under det danske bladhus Søndagsavisen. Dommen har været ventet med spænding i IT-branchen, fordi rækkevidden af beskyttelsen efter den danske ophavsretslovs § 71 har været usikker og retsstillingen omkring deep linking ligeledes har været uafklaret.

Sagens omstændigheder

Homes forretningsmodel er baseret på en franchise, hvorunder Home bl.a. stiller en række faciliteter til rådighed for franchisetagerne. Det drejer sig bl.a. om hjemmesiden *home.dk* og en landsdækkende database med oplysninger om ejendomme til salg. Databasen er tilgængelig via hjemmesiden *home.dk*, hvor hjemmesidens brugere har mulighed for - ved at vælge blandt nogle på forhånd definerede kriterier - at søge på ejendomme, som er sat til salg gennem Home. En sådan søgning på Homes hjemmeside vil generere en resultatliste med links til de ejendomsannoncer, som matcher de valgte søgekriterier. De enkelte ejendomsannoncer findes således som undersider til *home.dk*. Ejendomsmæglerne i homekæden driver de enkelte ejendomsmæglerforretninger i selvstændige juridiske enheder. Ejendomsmæglerne overfører oplysningerne om de ejendomme, der annonceres til

Anonymitet og ansvar på Internettet

av Arnold Roosendaal



Den nederlandske dommen

I Nederland har høyesterett tatt stilling til spørsmålet om anonymitet i avgjørelsen *Lycos v Pessers*. Pessers solgte frimerker på nettstedet *«http://www.ebay.com»*. Kjøpere kan gi uttrykk for sine erfaringer ved å skrive til nettsiden, og selgere kan svare på dette – hver får en linje til disposisjon. Denne «korrespondansen» er tilgjengelig for allmennheten. Pessers hadde 24.787 positive, 299 negative og 217 nøytrale reaksjoner fra kjøpere.

Den annen part var Lycos, et globalt internettselskap. Lycos tilbyr blant annet vertstjenester på Internettet. Domenet *http://members.lycos.nl* inneholdt en nettside som kalte seg «stopthefraud». Inntil 4.8.2003 inneholdt nettsiden den følgende teksten:

> Har du noen gang blitt lurt av Pessers på eBay, så støtt kampen for rettferdighet! Hvordan opererer han? Du kjøper en liten post. Som han sender til deg. Slik får han din tillit. Du føler deg trygg nok til å kjøpe en dyrere post. Da slår han til! Han beholder pengene og du får ingen frimerker. Og det er ikke alt. Noen av ofrene hans forteller at han selger falske merker. Er du blitt lurt og ønsker å offentliggjøre din historie? MAIL historien din til *stopthefraud@hotmail.com* ..."

Det var enkelte «historier» på nettstedet – forfatterne var bare angitt med initialer – om problemene man hadde hatt med å kjøpe frimerker fra Pessers.

Pessers sendte 1.8.2003 et e-brev til nettstedet og ba operatøren om å stanse virksomheten og identifisere seg. Da han ikke fikk svar, sendte Pessers en faks til Lycos hvor han ba om at nettstedet skulle stenges, og om å få navn, adresse og fødselsdato til operatøren av nettstedet. Lycos svarte ved brev 4.8.2003 at selskapet ikke ville etterkomme anmodningen. Samme dag ble følgende tekst postet på nettstedet: «Nettstedet er fjernet for å unngå rettlige tiltak!!»

Pessers anla straks sak mot Lycos. Retten sondret mellom de to kravene. Siden nettstedet var fjernet av operatøren, ble dette kravet avvist. Retten vurderte deretter Pessers krav om å bli gjort kjent med brukerens navn og adresse. Fødselsdatoen ble ansett som irrelevant. Pessers hevdet at han trengte navn og adresse for å stevne brukeren av nettstedet med krav om erstatning. Høyesterett kom til at Lycos måtte gi ham disse opplysningene.

Høyesterett nærmet seg avgjørelsen skritt for skritt, og vurderte hvert skritt i forhold til ansvarsregimet i EUs ehandelsdirektiv (direktiv 2000/31/EF). Lycos hevdet at direktivet ikke tillot at man ble dømt til å oppgi identifiserende opplysninger. I det minste krevde direktivet at det inkriminerende innholdet var åpenbart urettmessig i forhold til den krenkende part. *Dette argumentet* var basert på oppfatningen av at direktivet har en begrensende regulering, noe som betyr at visse avgjørelser bare tillates hvis betingelsene i artikkel 14 ikke er oppfylt. Retten forkastet dette synet, og mente at det var flere argumenter i direktivet som støttet en ikke-begrensende tolkning. Begrensningene av nettleverandørens ansvar utelukker ikke plikten til å påta seg ansvar for å spore og unngå ulovlige handlinger. Dette følger særlig fra fortalen pkt 48 og bekreftelsen av dette i pkt 15, 45 og 52. Fortalens pkt 54 understreker også at de påbudte sanksjonene i direktivet ikke står i veien for nasjonale sanksjoner eller muligheter til å fremme krav. Dessuten kreves det etter direktivet et høyt nivå for beskyttelsen av generelle interesser, særlig vern av menneskelig verdighet og forbrukere (fortalen pkt 10). Dette må garanteres av effektiv beskyttelse av ofre for ulovlige handlinger på Internettet. Nederlandske forarbeider understreket dette ved å si: «Tjenesteleverandører kan være forpliktet til å gi opplysninger som identifiserer brukerne av deres tjenester ... For fullstendighetenes skyld finnes muligheten også i privatretten for dommeren til å bestemme at tjenesteleverandøren må gjøre kilden for opplysningene kjent.» (Forarbeidene til loven som implementerer direktivet om elektronisk handel, Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr 3, blz 28).

Dette betyr at direktivet skal tolkes som ikke inneholdende begrensninger. En annen tolkning ville dessuten ha det uheldige resultat at en gruppe ofre for ærekrenkelser på Internettet ville mangle effektiv rettslig beskyttelse.

Det andre argumentet til Lycos var at et krav om å få tilgang til identifiserende opplysninger bare tillates som et subsidiært krav sammen med et primært krav rettet mot den ulovlige handlingen. Derfor måtte Lycos ha vært an-

svarlig for en ulovlig handling utover det å nekte tilgang til identifiserende opplysninger. Dette ble også forkastet av høyesteretten. Et krav om tilgang til identifiserende opplysninger må vurderes uavhengig av den ulovlige handlingen. I visse situasjoner kan det å unnlate å gi slike opplysninger være ulovlig i seg selv fordi det strider mot plikten til å styrke sosial atferd. Dette betyr at det ikke er en generell regel, men at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret.

Det tredje argumentet til Lycos besto av to deler. Den første delen angikk standarden for å vurdere den urettmessige handlingen til Lycos. Lycos hevdet at hvis innholdet ikke klart var ulovlig, så må man i prinsippet ikke oppgi identifiserende opplysninger med mindre situasjonen er helt spesiell. Dessuten er prinsippet for vurdering så generelt at det ville ha uheldige virkninger utenfor Internettet. Lycos mente også at det var en selvmotsigelse, ettersom Lycos på den ene siden ikke var forpliktet til å fjerne innholdet fra nettstedet, mens det på den annen side skulle være en rettslig forpliktelse å gjøre kjent de identifiserende opplysningene og dermed bryte taushetsplikten i forhold til kunden. Retten svarte ved å fremheve at avgjørelsen bare gjaldt i det enkelte tilfellet. Innvendingene til Lycos ble avvist fordi det i ethvert tilfelle er nødvendig å ta hensyn til de foreliggende omstendighetene og interessene.

Den andre delen refererer seg til personvern og ytringsfrihet og kravet til proporsjonalitet. Anonymitet kan også være vernet av ytringsfrihet under Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 10 hvis det offentliggjorte skader andre og ikke er knyttet til alvorlige krenkelser. Høyesteretten fant at man ikke uten videre kunne se bort fra hensynet til ytringsfrihet, men at det ikke er en absolutt rettighet.

Videre hevdet Lycos at det ikke var risiko for videre formidling og at det var et realistisk strafferettslig alternativ for å kreve tilgang til de identifiserende opplysningene. (Dette i motsetning til hva som var tilfellet i Deutsche Bahn/ XS4All, Vzr Rb Amsterdam 25.4.2002, *Mediaforum* 2002-6 nr 24 og Hof Amsterdam 7.11.2002, *Mediaforum* 2003-1 m nt AH Ekker, hvor avslaget på å identifisere kunden ble ansett urettmessig *fordi* faren var tilstede for videre formidling.) Risikoen for videre formidling av det krenkende materialet måtte ses atskilt fra kravet om å få tilgang til identifiserende materiale. Dessuten ville ikke straff nødvendigvis sikre raske og effektive tiltak. «Straffeprosesslovens 126a har strenge krav til bruk av bestemmelsen, som betyr at den vil brukes i begrenset utstrekning.» (Vzr Rb Utrecht, 12.7.2005, KG-nr 194741/KGZA 05-462, BREIN/Providers, ro 4.6.) *Det siste argumentet* til Lycos var at den nederlandske lovens bestemmelse ikke oppfylte kravene til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 8(2), og at begrensningene av rettighetene etter konvensjonens art. 8 og 10 ikke var nødvendige i et demokratisk samfunn. Høyesteretten tilbakeviste dette argumentet fordi den nederlandske lovgivningen nettopp angir at disse interessene skal veies mot hverandre, særlig hensynet til personvern.

Resultatet ble at Lycos måtte oppgi de identifiserende opplysningene slik at Pessers kunne reise sak mot ærekrenkeren. Avgjørelsen er svært konkret, og bygger på en avveining av motstridene interesser i forhold til de aktuelle bestemmelsene. Dette synes å måtte kreves for hvert tilfelle. Det generelle prinsippet er at retten til anonymitet ikke er absolutt når anonymitet misbrukes for ærekrenkelse. Enkelte virkninger av denne avgjørelsen diskuteres nedenfor.

Konsekvenser av den nederlandske avgjørelsen

Det synes ikke å foreligge klare regler ansvar for internettleverandører. EU-direktivet gir noen indikasjoner, men i den første rapporten fra Kommisjonen om anvendelsen av direktivet, er det allerede bemerket at «et par av de vedtatte lovene har problemer særlig i forhold til betingelsene for ansvar for mellombrukere til Internettet». (Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Socia Committee – First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), § 3.3 – *http://www.europa.eu/eur-lex/en/com/rpt/2003/com2003_0702en01.pdf)*

I tillegg til den mangelen på klarhet som gjelder for direktivet, har medlemsstatene frihet til også å regulere andre situasjoner (*Id* § 64.) Det synes klart at EU i direktivets art. 15 forhindret at medlemsstater «i forhold til aktiviteter dekket av art. 12-14 krever en generell overvåking av opplysninger som formidles eller lagres, eller en generell plikt til aktivt å lete etter fakta eller forhold som indikerer ulovlig virksomhet. Dette er viktig, ettersom alminnelig overvåking av millioner av nettsteder eller -sider i praksis ville være umulig, og ville ha ført til uforholdmessige byrder for mellombrukerne og høyere kostnader for brukeres tilgang til grunnleggende tjenester» (*Id* § 72). Kommisjonen har ikke til formål å innføre en generell forpliktelse til overvåking. Internettleverandører kan holdes ansvarlig, men på hvilke vilkår dette skjer, vil være opp til nasjonal lovgivning. Fra dette synspunkt har den nederlandske høyesterett

valgt riktig når den har veid sammen de relevante interessene for å komme til sin avgjørelse.

Problemet er imidlertid at denne avgjørelsen, som støttes av europeisk lovgivning, åpner veien for utallige lignende krav. Organisasjoner som BREIN, den nederlandske interesseorganisasjonen for rettighetshavere til musikk, film og datamaskinprogrammer, har allerede hevdet at det er en prinsippavgjørelse. «Lycos v Pessers handler om et offer kan holde noen ansvarlig for ærekrenkelse. Det samme prinsippet må gjelde hvis BREIN ber en internettleverandør om identifiserende opplysninger om en person som krenker rettigheter så de kan anlegge sak i forbindelse med ulovlig utnyttelse av musikk, filmer eller interaktive programmer (Hoge Raad: ISP moet NAW-gegevens afstaan, *http://www.anti-piracy.nl/Nieuws/bericht_0064.html* [2006-01-29]). I henhold til avgjørelsen må internettleverandøren avgi opplysningene hvis «urettmessigheten er sannsynliggjort og den fornærmede har begrunnet sine interesser. Fornærmede må ikke anlegge sak for å tilfredsstille dette kravet.»

BREIN har allerede forsøkt å få tilgang til identifiserende opplysninger om brukere av peer2peer-programmer fra internettleverandører. Alle betingelser for å få tilgang til disse opplysningene, var oppfylte. Men rettssaken låste seg fordi BREIN hadde behandlet data på en måte som ikke var tillatt etter nederlandsk lovgivning og vilkår stilt av den nasjonale personvernmyndigheten. For å samle IP-adresser, hadde de rekruttert tjenestene til et privat, amerikansk selskap. Retten sier: «USA kan ikke anses som et land med et tilsvarende nivå for vern av personlige opplysninger.» (Vzz Rb Utrecht, 12.7.2005, KG-nr 194741/KGZA 05-462 (BREIN/Providers) ro 4.26). Dessuten hadde det amerikanske selskapet skaffet seg tilgang til «shared folders» for de aktuelle IP-adressene. «Blant disse filene kan det også være filer som ikke krenker rettighetene til andre eller som kan ha en personlig karakter.»

Hvis betingelsene hadde vært oppfylt, kunne man kanskje ha vunnet frem med kravet. Dette betyr at hvis identifiserende data forespørres fra krenkede parter (eller en person som hevder å være offer for en ærekrenkelse), må internettleverandørene selv vurdere de ulike interessene: På den ene siden den anonyme leverandørens interesse i å formidle opplysninger eller innhold basert på ytringsfriheten. På den annen side interessen i den som hevder å være krenket, i å bringe ærekrenkelsene til opphør og kreve erstatning fra krenkeren. Internettleverandørens stilling er vanskelig. Vurderingen av innholdets lovlighet må baseres på en personlig oppfatning, eventuelt støttet av uttalelser fra eksperter. Men det er alltid en risiko for at man «tar feil». Hvis internettleverandøren ikke fjerner siden og gir fra seg de identifiserende opplysningene, kan en senere rettsavgjørelse holde leverandøren ansvarlig for ikke å ha hindret videreformidling. Og hvis leverandøren fjerner siden og avgir identifiserende opplysninger, kan en senere avgjørelse gå ut på at innholdet ikke var ærekrenkende – da vil retten til anonymitet og ytringsfriheten være krenket. Også i slike tilfeller kan leverandøren bli ansvarlig. Leverandøren vil velge den utvei som har den laveste risikoen. Handlingene til leverandøren vil i praksis ha betydning for ytringsfriheten. Dette betyr at strenge regler for ansvar kan ha en «chilling effect» på informasjonssamfunnet. Internettleverandørene vil være for forsiktige, med den virkning av selvreguleringen begrenser tilbudet av informasjon på Internettet. For å unngå dette problemet har justisministeren foreslått opprettelsen av et nasjonalt institutt med eksperter som kan gjøre vurderingen. Instituttet vil utvikles av det nasjonale senteret for høyteknologisk kriminalitet (NHTCC, jf. Kamerstukken II, vergaderjaar 2004-2005, 28 197, nr 22).

Dette understreker et forhold som er sterkt sammenvevet med anonymitet. En avgjørelse om å fjerne anonymitet må treffes med forsiktighet fordi den er irreversibel (jf. Vzr Rb Utrecht 9.7.2002 (Teleatlas/Planet), KG 2002, 209 *Computerrecht* 2002/5 m nt WAM Steenbruggen). Anonymitet kan ikke gjenopprettes hvis avgjørelsen senere viser seg å være uriktig. Anonymitet har derfor en svært sensitiv karakter. Internettleverandøren bør ikke gjøres ansvarlige for å vurdere interessene til ulike aktører knyttet til Internettet. Andre løsninger er velkomne. Den nederlandske løsningen er generelt gunstig, men det løser ikke alle spørsmål tilfredsstillende.

Arnold Roosendaal er forsker ved Tilburg Institute for Law, Technology and Society (TILT), Universitetet i Tilburg, Nederland.

Artikkelen er et utdrag av «Elimination of anonymity in regard to liability for unlawful acts on the Internet», Sylvia Mercads Kirkegaard (ed) *Legal, Privacy, and Security Issues in Information Technology* (vol 2), Institutt for rettsinformatikk, Oslo 2006:213-227.